

Kapitel 2: Rechtskonforme Beschaffung

A. Spannungsfeld Beschaffung

Ist innerhalb der Kommune die Entscheidung getroffen worden, dass eine Web 2.0 Plattform errichtet oder das gegebenenfalls bereits vorhandene E-Government Angebot erweitert werden sollen, ist zu erörtern, auf welchem Wege dies rechtskonform geschehen kann und muss. Darüber hinaus muss an diesem Punkt eruiert werden, ob die Errichtung und der Betrieb der Plattform ausschließlich in Eigenregie oder in Zusammenarbeit mit einem privaten Partner erfolgen soll(te). Den hiermit zusammenhängenden juristischen Problemfeldern widmet sich das folgende Kapitel.³⁰¹

I. Gedankliche Basis

Wird innerhalb einer Behörde ein Bedarf an Waren oder Dienstleistungen festgestellt, dann gibt es mehrere Möglichkeiten diesen zu decken. Zunächst könnte auf eigene Bestände zurückgegriffen werden, soweit dieser Rückgriff faktisch und rechtlich möglich ist (Waren aus Lagerbeständen, persönliche Dienstleistungen durch eigenes Personal oder gegebenenfalls im Wege der Amtshilfe oder sonstiger Verwaltungskooperation). Besteht diese Möglichkeit nicht, dann muss das Gut beziehungsweise die Leistung in der Regel „am Markt“ beschafft³⁰² werden, d. h. die Verwaltung greift auf Angebote der Privatwirtschaft zurück.

Eine öffentliche Stelle kann (und darf) ihren Bedarf grundsätzlich nicht wie ein privates Unternehmen oder ein Haushalt durch einfaches Zukauen des Benötigten decken. Das hat mehrere Gründe: zunächst hat die öffentliche Hand, respektive der Staat, in seiner Gesamtheit einen überwältigen-

301 Relevant werden im Folgenden insbesondere Fragen des Vergaberechts, welches gemeinhin als eine der kompliziertesten Teilgebiete des deutschen Rechts angesehen wird. Diese Komplexität, insbesondere aber die konkrete Themensetzung dieser Arbeit, bringt es mit sich, dass nicht lehrbuch- oder gar kommentarartig auf alle Feinheiten des „allgemeinen“ Vergaberechts eingegangen werden kann. Indes werden dort, wo es für opportun und für das Verständnis unerlässlich erscheint, allgemeine Grundlagen erläutert. Gleichermaßen gilt bezüglich der Darstellung der Möglichkeit der Zusammenarbeit mit Privaten im Rahmen von so genannten Public Private Partnerships. Auch hier soll – neben grundrissgleichen Verständnisausführungen – nur auf die Spezifika der Zusammenarbeit bei Errichtung und Betrieb von Web 2.0 Plattformen im kommunalen E-Government eingegangen werden. In beiden Fällen finden sich indes zur Vertiefung von Detailfragen entsprechende ausgewählte Literaturhinweise.

302 Beschaffung meint den Einkauf für Zwecke des Gemeinwohls und ohne Gewinnerzielungsabsicht, *Hertwig*, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe, S. 19 Rn. 25.

den Bedarf an Sachgütern und Dienstleistungen³⁰³. Allein im IT-Bereich betragen die Ausgaben der öffentlichen Hand jährlich rund 17 Milliarden Euro.³⁰⁴ Damit ist die öffentliche Hand der größte Auftraggeber im IT-Bereich.³⁰⁵ Mit einer derartigen Nachfragemacht³⁰⁶ geht die Gefahr von Korruption³⁰⁷ einher, der es vorzubeugen gilt. Darüber hinaus verfügt der Staat nicht über „eigenes Geld“. Er verwaltet vielmehr lediglich als Treuhänder finanzielle Mittel, die vom Bürger aufgebracht wurden. Es muss sicher gestellt werden, dass dies ordnungsgemäß geschieht. Schließlich ist die öffentliche Hand unmittelbar grundrechtsgebunden und darf nicht willkürlich beispielsweise einzelne Anbieter gegenüber anderen bevorzugen. Aus all diesen Gründen unterliegt die öffentliche Hand, wenn sie mit außenstehenden Unternehmen zur Bedarfsdeckung Verträge schließen möchte, besonderen Regelungen. Diese werden gemeinhin als Vergaberecht³⁰⁸ bezeichnet.

303 Es wird geschätzt, dass in Deutschland ein jährlicher Bedarf in Höhe von 200 Milliarden Euro besteht, vgl. *Rudolf* in: *Byok/Jaeger*, Einf. Rn. 1; EU-weit wird dieser Wert auf circa 1,5 Billionen Euro bzw. 16 % des Bruttosozialprodukts geschätzt, siehe *Frenk*, *Hdb. Europarecht*, Rn. 1697 m. w. N.

304 Vgl. Pressemitteilung der BITKOM (Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V.) v. 27. 04. 2007, online unter http://www.bitkom.de/de/presse/49914_45514.aspx. Allein das Großprojekt „Herkules“ hat ein Volumen von etwa 7,3 Milliarden Euro für ein zehnjähriges IT-Outsourcing, vgl. *Goodarzi*, in: *Lehmann/Meents (Hrsg.)*, *Informationstechnologierecht*, Kap. 24 Rn. 1.

305 *Klinger*, AnwZert 12/2008 Anm. 2.

306 Es wäre verkürzt, die Ziel- und Zwecksetzung des Vergaberechts nur auf reine Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkte zu reduzieren. Es besteht der Bedarf, einer als volkswirtschaftlich schädlich und rechtsstaatlich bedenklich eingestuften übermäßigen Nachfragemacht der öffentlichen Hand (beispielsweise durch gemeinsame Ausschreibungen mehrerer Auftraggeber, Nachfragebündelungen oder die koordinierte Abwicklung von Beschaffungsvorgängen) entgegenzuwirken. Aus diesem Grunde findet das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) auch auf die öffentliche Hand Anwendung sofern der Staat oder seine Teile zum Zwecke des marktwirtschaftlichen Leistungsaustausches auf dem Markt als Marktteilnehmer agieren. Darüber hinaus gelangt u. U. insbesondere Art. 81 Abs. 3 EGV zur Anwendung. Hierzu näher *Lange*, *WuW* 2002, 953.

307 Der jährliche volkswirtschaftliche Schaden durch Korruption bei der Auftragsvergabe wird auf etwa 5 Milliarden Euro geschätzt. Nachdem die Einführung eines bundesweiten Korruptionsregisters im Bundesrat scheiterte, wird auf Länderebene die Einführung entsprechender Register diskutiert. Seit dem 1. Juni 2006 führt beispielsweise in Berlin die Senatsverwaltung für Stadtentwicklung ein zentrales Register über korruptionsauffällige Unternehmen. Die gesetzliche Grundlage bildet das „Gesetz über die Einrichtung und Führung eines Registers über korruptionsauffällige Unternehmen in Berlin – Korruptionsregistergesetz“ – (KRG) vom 19. 04. 2006 (Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin, Ausgabe Nr. 16/2006, S. 358). Zu Korruption im Vergaberecht umfassend *Ohrtmann*, *NZBau* 2007, 201–205 und 278–281.

308 Aber auch als öffentliches Auftrags-, Beschaffungs- oder Verdingungsrecht, vgl. *Elbel*, *DÖV* 1999, 235 (235). Der hier favorisierte Begriff des Vergaberechts umfasst einerseits all die Regelungen, die das eigentliche Verfahren, welches bei der Vergabe anzuwenden ist, betref-

Hauptzweck dieses Vergaberechts ist zunächst die sparsame Verwendung öffentlicher Gelder. Dies wiederum spiegelt der § 97 Abs. 1 GWB³⁰⁹ wider, in welchem der Grundsatz, die Beschaffung von Aufträgen im Wettbewerb vorzunehmen (Wettbewerbsgrundsatz³¹⁰), als einer der wesentlichen vergaberechtlichen Grundsätze genannt wird. Hierdurch wird wesentlich dazu beigetragen, dass die Wahrscheinlichkeit, dass der öffentliche Auftraggeber ein in der „Preis-Leistungs-Relation“ günstiges Angebot erhält, maximiert wird.³¹¹

Um staatlicher Willkür, „Hoflieferantentum“ und Vetternwirtschaft vorzubeugen und eine Gleichbehandlung zu sichern, hat der Gesetzgeber zudem in § 97 GWB das so genannte Transparenzgebot (Abs. 1) sowie den Gleichbehandlungsgrundsatz (Abs. 2) niedergelegt. Dem liegt der Gedanke zu Grunde, dass ein echter Wettbewerb im Bereich der öffentlichen Beschaffung respektive des öffentlichen Auftragswesens nur entstehen kann, wenn interessierte Unternehmen ausreichend Kenntnis von den nachgefragten Waren und Dienstleistungen und den Bedingungen zu denen diese vergeben werden haben.³¹² Dementsprechend sind auch die Teilnahme- und Publizitätsvorschriften der EU-Richtlinien nicht lediglich als for-

fen. Daneben sind aber auch die besonderen Vertragsbedingungen, die der Beschaffung der öffentlichen Hand zu Grunde zu legen sind, Teil des Vergaberechts. Es umfasst mit anderen Worten die Gesamtheit der Regeln und Vorschriften, die ein Träger öffentlicher Verwaltung bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen, die er zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat. Siehe *Rudolf* in: Byok/Jaeger, Einf. Rn. 1.

309 Bereits vor der Einführung des 4. Abschnitts des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) war der Wettbewerbsgrundsatz in den verschiedenen Verdingungsordnungen festgelegt, vgl. z. B. § 2 VOB/A.

310 Durch die Einfügung des Wettbewerbsgrundsatzes in das GWB kommt die hohe Bedeutung desselben zum Ausdruck. Mit dieser Stärkung werden indes auch gemeinschaftsrechtliche Vorgaben durch den nationalen Gesetzgeber umgesetzt. Die Zielsetzung, einen echten (europaweiten) Wettbewerb der Anbieter zu schaffen, ist Bestandteil aller vergaberechtlich relevanten EU-Richtlinien (z. B. RL 92/50/EWG – Erwägungsgrund 20, ABlEG 1992, L 209/2; RL 93/36/EWG, Erwägungsgrund 14, ABlEG 1993, L 199/2; RL 93/37/EWG, Erwägungsgrund 10, ABlEG 1993, L 199/54) – zum Wettbewerbsgrundsatz näher *Burgi*, NZBau 2008, 29 (33).

311 Vgl. *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, § 97 GWB, Rn. 181.

312 *Hailbronner*, in: Byok/Jaeger, § 97 GWB Rn. 190. Essentiell für einen unverfälschten Wettbewerb zwischen den Unternehmen ist die Chancengleichheit im Zuschlagswettstreit um öffentliche Aufträge. Hier stellt das Vergaberecht sicher, dass nur das Unternehmen, welches die ausgeschriebene Leistung bei adäquater Ausführung am günstigsten oder wirtschaftlichsten anbietet, den Zuschlag erhält. Entscheidendes Merkmal beziehungsweise Auswahlkriterium ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Wettbewerbsfremde staatliche Begünstigungen bestimmter Wirtschaftsteilnehmer sind somit grundsätzlich ausgeschlossen. Hierdurch wird die Individualität der Unternehmen konserviert und respektiert, auch wenn damit Ungleichheiten verbunden sind. Nur so wird grundsätzliche Chancengerechtigkeit sichergestellt, weil jedes Unternehmen nach seiner Leistungsfähigkeit beurteilt werden muss und zum Zuge kommen kann, vgl. *Frenz*, Hdb. Europarecht, Rn. 1701.

male Ordnungsprinzipien einzustufen, sondern begründen vielmehr subjektive Rechte der Unternehmer.³¹³

II. Normative Basis

Die heutige³¹⁴ deutsche Vergaberechtsordnung folgt dem so genannten Kaskadenprinzip³¹⁵. Das bedeutet, dass die anwendbaren Vorschriften auf verschiedene europa-, bundes- und landesrechtliche Richtlinien, Gesetze sowie untergesetzliche Regelungen verteilt sind.³¹⁶

Innerhalb des Kaskadenprinzips ist der allgemeine rechtliche Ordnungsrahmen und das Rechtsschutzverfahren für Aufträge oberhalb bestimmter Auftragswerte (der so genannten Schwellenwerte) im EG-induzierten 4. Abschnitt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) normiert (dem so genannten Kartellvergaberecht). Bei Nacherreichen des entsprechenden Auftragswertes (dem so genannten unterschwelligen Bereich) gilt nationales Vergaberecht, dessen Rechtsquellen das Haushaltrecht des Bundes (§ 30 HGrG und § 55 BHO) und der Länder (§ 55 LHO sowie Gemeindehaushaltsregeln) sind. Die jeweiligen Auftragswerte sowie weitere Bestimmungen sind in der von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassenen Vergabeverordnung (VgV) enthalten. Daneben dient die Vergabeverordnung nach der gegenwärtigen Gesetzeslage auch als Brücke zu den weiter fortbestehenden Verdingungsordnungen³¹⁷ (VOB, VOL, VOF)³¹⁸. Diese bilden auch heute noch das Kernstück des deutschen Vergaberechts.³¹⁹ Die vierstufige Normenkaskade des deutschen Vergaberechts besteht aus:

313 EuGH, Urt. v. 20. 09. 1988 – Rs. 31/87 „Beentjes“ – Slg. 1988, 4652 – Rn. 43 f. Insbesondere ein Unternehmen, welches sich an einem Vergabeverfahren beziehungsweise einer Ausschreibung beteiligt und nicht den Zuschlag erhalten hat, muss in die Lage versetzt werden, etwaige Verstöße oder Ungleichheiten nachprüfen zu können.

314 Das Vergaberecht ist eine Rechtsmaterie, die sich nicht erst im letzten Jahrhundert oder gar erst in den letzten Jahrzehnten entwickelt hat. Schon im antiken Griechenland und in der römischen Republik wurden spezielle Ausschreibungsverfahren durchgeführt, um insbesondere Bauvorhaben des Staates an private Unternehmer zu vergeben. Bereits zu diesem Zeitpunkt hatte man erkannt, dass auf diesem Wege die Möglichkeit besteht, unter Ausnutzung des Marktmechanismus' Wettbewerb ein besonders günstiges Angebot zu erhalten. Erste Vorläufer eines geregelten Vergabeverfahrens werden in Deutschland am Ende des 17. Jahrhunderts ausgemacht. Näher zur geschichtlichen Entwicklung: Schubert, in: FS Korbion, S. 389 ff.

315 Kau, EuZW 2005, 492 mit Ausführungen zur verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Kritik.

316 Siehe die Darstellung bei Goodarzi, in: Lehmann/Meents (Hrsg.), Informationstechnologierecht, Kap. 24 Rn. 2.

317 Während die VOL weiterhin als Verdingungsordnung bezeichnet wird, lautet der korrekte Titel der VOB nunmehr „Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauleistungen“.

318 Im unterschwelligen Bereich werden die Verdingungsordnungen durch die jeweils einschlägigen haushaltrechtlichen Regelungen für anwendbar erklärt.

319 Rudolf in: Byok/Jaeger, Einführung, Rn. 12.

rechts wird schließlich auf der Ebene des Landesrechts durch zahlreiche Landesvergabegesetze sowie weitere vergaberechtlich relevante Regelungen der Länder zur Mittelstands-, Ausbildungs- und Frauenförderung vervollständigt. Auf sowohl vertikal als auch horizontal unterschiedlichen Normebenen mit unterschiedlicher Regelungsdichte wurde mit der Zeit ein Regelungsnetz geflochten, das mitunter Regelungsideen doppelt und dreifach normiert, bei aller Regelungsintensität jedoch erhebliche Lücken lässt und quer durch alle Wirtschaftsbereiche durch terminologische Diversifizierung Verwirrung stiftet. Wie *Neßler*³²⁰ treffend festhält, stellt das derzeit herrschende deutsche Auftragsvergaberecht einen „mehrstufigen Rechtsgrundlagenmix“ dar, der zu einem der komplexesten Teilrechtsgebiete des deutschen Rechts zählt.³²¹

III. IT-Vergaberecht?

Möchte eine Kommune eine IT-Leistung wie eine Web 2.0 Plattform „beschaffen“, steht sie vor der Frage, welches „Vergaberecht“ nunmehr einschlägig ist. Hier ist zunächst vorauszuschicken, dass es kein spezielles IT-Vergaberecht im engeren Sinne gibt.³²² Vielmehr gelten auch in diesem Bereich die allgemeinen Vergaberechtsgrundsätze und -normen.³²³ Trotzdem ist die „IT-Vergabe“ ein besonderer und angesichts der fortschreitenden Verwaltungsinformatisierung stetig an Bedeutung gewinnender Teil des Vergaberechtes. Dies wird einerseits an Veröffentlichungen wie den „Standards und Architekturen für E-Government-Anwendungen“ (SAGA) und der „Unterlage für die Ausschreibung und Bewertung von IT-Leistungen“ (UfAB), die auch außerhalb der Bundesverwaltung eine wichtige Rolle spielen³²⁴, deutlich. Des Weiteren gibt es auf der Ebene der Vertragsgestaltung spezielle EDV-spezifische (die VOL/B ergänzende) Vertragsbedingungen: die „Besonderen Vertragsbedingungen für die Beschaffung von DV-An-

320 *Neßler*, EWS 1999, 89 (89).

321 So *Röhl*, Jus 2002, 1053 (1054). Durch die Übernahme der neuen Vorschriften aus den novelisierten Vergaberechtlinien der EU in das deutsche Recht im Jahr 2006 ist – entgegen den Erwartungen und Hoffnungen der Praxis – ein weiteres Stück Komplexität hinzugekommen, welches durch eine differenzierte Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes in nicht unmittelbar geregelten Fragestellungen wie z. B. der Inhouse-Vergabe (hierzu unten S. 48) weiter differenziert wird.

322 Auch wenn häufig und meist in Abgrenzung zur „Bauvergabe“ im Zusammenhang mit der Beschaffung von Informationstechnologieleistungen von der „IT-Vergabe“ die Rede ist. Vgl. z. B. *Dreher/Aschoff*, NZBau 2006, 144 – Fn. 1.

323 *Bischof*, Öffentliche Vergabe von IT-Leistungen, S. 8.

324 Diese haben sich gewissermaßen zu einem de-facto Standard auch bei der Beschaffung von IT-Leistungen in Kommunen entwickelt. Hierzu kritisch *Heckmann*, CR 2006, 1 (1 ff.).

lagen und -geräten“ (BVB) und „Ergänzenden Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen“ (EVB-IT).³²⁵

B. Beschaffung von Dritten

I. Konfliktpotentiale

Unabhängig davon, ob Web 2.0 Anwendungen den bisherigen virtuellen Webauftritt einer Kommune erweitern und ergänzen sollen oder ob bislang noch gar keine Webpräsenz besteht, stets stellen sich ganz konkrete rechtliche Problematiken an bestimmten Punkten des Beschaffungsverfahrens: Wann ist beispielsweise überhaupt ein formalisiertes Vergabeverfahren notwendig? Gerade im Bereich der gängigen Web 2.0 Anwendungen finden sich eine ganze Reihe von „kostenlosen“ Lösungen zur Realisierung beispielsweise eines Stadtwiki oder eines Diskussionsforums. Soll ein Stadtblog eingerichtet werden, könnten vermeintlich Kosten gespart werden, indem auf freie Angebote aus dem Netz wie z. B. blogger.com zurückgegriffen wird. Auch eine Einbindung von „freien“ Angeboten wie z. B. Google Maps ist vermeintlich kostenneutral. Findet sich keine befriedigende Lösung im frei zugänglichen Web, scheint ein Rückgriff auf bereits vorliegende Softwarelösungen von anderen Gemeinden oder das Angebot öffentlich-rechtlicher IT-Dienstleister möglich. In vielen Fällen sind Kommunen an (kommunalen) Rechenzentren beteiligt oder es besteht bereits eine öffentlich-private Partnerschaft im IT-Bereich. Auch hier stellt sich die Frage, ob ein Vergabeverfahren nicht entbehrlich sein kann und der Auftrag zur Schaffung und gegebenenfalls zum Betrieb einer Web 2.0 Plattform nicht „direkt“ erteilt werden kann. Ist die Kommune bereits an diesem Punkt angelangt, sollte sie schon relativ genau wissen, welche IT-Leistungen für die Erfüllung ihrer Bedürfnisse konkret zu beschaffen sind. Häufig ist aber gerade dies nicht der Fall. Gerade im IT-Bereich – und zudem noch im Bereich des Web 2.0 – besteht zumeist nur eine vage Vorstellung von dem, was machbar beziehungsweise technisch möglich ist, um die gewünschte Funktion, die gewünschte Plattform zu realisieren. Hier stellt sich die Frage, auf welchem Wege und in welchem Umfang mit möglichen Bietern im Vorfeld oder gar während eines Vergabeverfahrens zusammengearbeitet werden darf. Schließlich möchten zwar viele Kommunen gerne eine virtu-

³²⁵ Die öffentliche Hand bedient sich seit über 30 Jahren einheitlicher Muster-Einkaufsbedingungen für den IT-Einkauf. Die BVB und die sie seit dem Jahr 2000 ablösenden EVB-IT, etwa der „EVB-IT Kaufvertrag“ für den Kauf von Hardware oder der „EVB-IT Überlassungsvertrag Typ A“ für die dauerhafte Überlassung von Standardsoftware, wurden von der öffentlichen Hand unter Federführung der KBSt (Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik in der Bundesverwaltung) im BMI (Bundesministerium des Innern) und der Wirtschaft bislang einvernehmlich ausgehandelt, vgl. Klinger, AnwZert 12/2008, Anm. 2.

elle Community für ihre Bürger, für ihre Stadt anbieten, scheuen jedoch die damit zusammenhängenden rechtlichen, technischen und insbesondere wirtschaftlichen Risiken. Hier stellt sich die Frage, ob und in welcher Form eine Zusammenarbeit mit privaten Unternehmen sinnvoll sein kann.

II. Vergabebedürftigkeit

In der Beschaffungspraxis wird die Notwendigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens häufig als geld- und zeitraubendes³²⁶ und effektivitätsverringerndes Übel betrachtet. Dementsprechend „kreativ“ wird bisweilen gerade bei IT-Vergaben versucht, die Notwendigkeit der Vergabe aus unterschiedlichsten Gründen zu verneinen. Übersehen wird hierbei, dass die Folgen einer erfolgreichen Anfechtung des gesamten Vergabevorgangs durch einen potentiell übergangenen Mitbewerber des Auftragnehmerunternehmens nicht nur zur Aufhebung des Vertragsschlusses führen, sondern auch dazu, dass im Endeffekt doch ein Vergabeverfahren durchgeführt werden muss und darüber hinaus zusätzliche Gerichtsverfahrenskosten und ggf. Schadensersatz anfallen. Ist eine Web 2.0 Plattform in Folge einer vergaberechtswidrigen „de-facto-Vergabe“ bereits installiert worden, kann dies im Extremfall zu der besonders misslichen Situation führen, dass diese nunmehr wieder deaktiviert werden und neu ausgeschrieben werden muss³²⁷. Der hiermit einhergehende Zeitverlust steht in keinem Verhältnis zu dem Zeitaufwand, der mit der Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens verbunden ist.

1. Vergabevorverfahren

Ein wesentliches Element des Vergabeverfahrens im weiteren Sinne ist die häufig unklare Frage, wann das (gerichtlich überprüfbare) Vergabeverfahren selbst beginnt. Insbesondere in der Praxis scheint die Auffassung vor-

326 In der Praxis variiert die Dauer von Vergabeverfahren in Abhängigkeit von verschiedenen Faktoren (z. B. interne Verfahrensvorschriften, wie ggf. Einbindung von Entscheidungsgremien oder durch EU-Recht vorgegebene Ausschreibungsfristen bei europaweiten Ausschreibungsverfahren). Bei beschränkten und öffentlichen Ausschreibungen erfolgt die Auftragsvergabe innerhalb der vorgegebenen Bindefrist, bei freihändigen Vergaben innerhalb weniger Tage.

327 Durch eine De-Facto-Vergabe übergangene Unternehmen können ggf. ein Nachprüfungsverfahren gem. § 107 GWB einleiten. Auch wenn ein förmliches Vergabeverfahren nicht stattgefunden hat, ist ein Nachprüfungsantrag statthaft. Der Rechtsweg nach § 102 GWB ist bei jeder Beschaffungsmaßnahme eines öffentlichen Auftraggebers im Sinne des § 98 GWB eröffnet, wenn überhaupt ein Verfahren in Frage steht, an dem mindestens ein außen stehender Dritter (Unternehmen) beteiligt ist und das eingeleitet ist, um einen entgeltlichen Vertrag im Sinn des § 99 GWB abzuschließen, der den Schwellenwert erreicht. Hierzu näher: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06. 02. 2007 – 17 Verg 7/06 – „Software-Beschaffung II“ – NZBau 2007, 395. Zu Beginn und Ende der Nachprüfbarkeit Stockmann, in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht: GWB, § 102 Rn. 15.

zuherrschen, dass dies erst bei Vornahme der ersten formell vorgeschriebenen Vergabeverfahrenshandlung der Fall ist. Im Zuge der Errichtung einer Web 2.0 Plattform könnte sich dies dergestalt auswirken, dass zunächst einmal im Internet frei verfügbare Angebote heruntergeladen und installiert und ausprobiert werden und erst dann (ggf. nach der Erkenntnis, dass eine eigenständige Anpassung an die eigenen Bedürfnisse – das Customizing – zu kompliziert erscheint) die Suche nach einem potennten IT-Dienstleister für die Anpassung der Plattform beginnt. Der Begriff des Vergabeverfahrens ist jedoch grundsätzlich materiell zu verstehen. Dass bedeutet, dass bereits zu dem Zeitpunkt, in welchem der öffentliche Auftraggeber zur Deckung eines fälligen Bedarfs entschlossen ist und mit organisatorischen und/oder planenden Maßnahmen zu regeln begonnen hat, auf welche Weise und mit welchen gegenständlichen Leistungsanforderungen das Beschaffungsvorhaben eingeleitet und durchgeführt und wie die Person oder der Personenkreis des oder der Leistenden ermittelt und mit dem Endziel des Abschlusses eines entgeltlichen und verbindlichen Vertrags ausgewählt werden soll, das Vergabeverfahren eröffnet ist.³²⁸ Man kann hier von einem – dem eigentlichen Vergabeverfahren im engeren Sinne vorgeschalteten – Vergabevorverfahren sprechen, in welchem eine Vergabevorentscheidung getroffen wird. Die Schwelle zu diesem ist lediglich in den Fällen nicht überschritten, in denen noch keine konkrete Beschaffungsinitiative auf Seiten des öffentlichen Auftraggebers ergriffen wurde. Wenn also beispielsweise nur eine bloße Markterkundung oder Marktbeobachtung³²⁹ stattfin-

328 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 10. 04. 2002 – Verg 6/02 – Leitsatz 2; *Weyand, jurisPK-VergabeR, § 104 GWB Rn. 928; Kühnen* in: *Byok/Jaeger, § 3 VgV, Rn. 1498.*

329 Die Beschaffung von Gütern und Leistungen „am Markt“ setzt Informationen über eben diesen Markt voraus: Was wird von wem angeboten? Zu welchem Preis? Zu welchen Lieferbeziehungsweise Leistungskonditionen? Diese Marktinformationen müssen nicht vollständig und nicht alle zu Beginn vorliegen. Im Wesentlichen ist es ja das Ziel des Vergabeverfahrens, die Preis- und Leistungsinformationen für den Preis-/Leistungsvergleich im Sinne einer wirtschaftlichen Beschaffung zu ermitteln. Jedoch bedarf es eines ungefähren Marktüberblicks aus zwei Gründen: Zum einen lassen sich manche Beschaffungsvorgänge (gerade bei Routinebeschaffungen) auch marktabhängig durch vereinfachte Verfahren bewerkstelligen (Beispiel: Rahmenverträge); zum anderen kann eine spätere Leistungsbeschreibung als Ausschreibungsgrundlage kaum sinnvoll ohne Marktkenntnisse erstellt werden, will man nicht riskieren, dass die Ausschreibung „am Markt vorbei“ zielt (etwa unerfüllbare Leistungsmerkmale enthält oder unangemessene Wertungsmaßstäbe aufstellt). Die deshalb erforderlichen Marktinformationen werden in der zweiten Phase entweder erhoben oder – bei gespeicherten, standardisierten Informationen – aus vorhandenen Datenbanken abgerufen. Will der öffentliche Auftraggeber vom Offenen Verfahren abweichen, so ist er z. B. nach § 4 VOL/A verpflichtet, vor Beginn des Vergabeverfahrens eine Markterkundung durchzuführen beziehungsweise eine Marktübersicht zu erstellen. Bei der Beschaffung einer Web 2.0 Plattform wird die Beschaffungsstelle nunmehr Erkundungen einholen, ob und welche Lösungen es bereits „am Markt“ gibt. Hier spielen in der Praxis meist „informelle Quellen“ eine große Rolle: Welche Lösungen werden von anderen Stellen eingesetzt, welche Informa-

det, ist dies noch nicht dem vergaberechtlich relevanten Bereich zuzuordnen.³³⁰ So hat denn auch der EuGH bereits die Entscheidung, gerade kein Vergabeverfahren einzuleiten, als die erste vergaberechtlich relevante Handlung angesehen, die der Überprüfung durch Gerichte zugänglich ist.³³¹

Zu Recht hält die erste Kammer des EuGH fest, dass die Ansicht, die Entscheidung, es sei kein förmliches Vergabeverfahren einzuleiten, sei nicht justizierbar, zur Folge hätte, dass die Anwendung der einschlägigen Gemeinschaftsvorschriften je nach Belieben des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers fakultativ wäre.³³² Das Gegenteil ist der Fall: liegen die normativen Voraussetzungen für die Durchführung eines Vergabeverfahrens vor, ist dessen Durchführung zwingend. Eine Einräumung eines nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraumes über das „Ob“ eines Vergabeverfahrens könnte zudem zu einem ganz beträchtlichen Verstoß eines öffentlichen Auftraggebers gegen das Gemeinschaftsrecht über das öffentliche Auftragswesen führen. Zudem würde der mit der Richtlinie 89/665/EWG³³³ angestrebte wirksame und rasche gerichtliche Rechtsschutz erheblich eingeschränkt. Außerdem würden die mit der Richtlinie 92/50/EWG³³⁴ verfolgten Ziele, nämlich die eines freien Dienstleistungsverkehrs und eines offenen unverfälschten Wettbewerbs in diesem Bereich, in allen Mitgliedstaaten, beeinträchtigt.³³⁵ Zwar sei der Zeitpunkt, von dem an die Möglichkeit einer Nachprüfung besteht, in der Richtlinie 89/665/EWG nicht ausdrücklich festgelegt. Angesichts des mit dieser Richtlinie verfolgten Ziels eines wirksamen und raschen gerichtlichen Rechtsschutzes, insbesondere auch durch vorläufige Maßnahmen, sei jedoch festzustellen, dass Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie es den Mitgliedstaaten nicht erlaube, eine solche Möglichkeit davon abhängig zu machen, dass das Vergabeverfahren formal ein bestimmtes Stadium erreicht hat.³³⁶ Auf Grund der Überlegung, dass entsprechend der zweiten Begründungserwägung der Richtlinie die Einhaltung der Gemeinschaftsvorschriften vor allem dann zu gewährleisten

tionen sind im Internet verfügbar, was bieten Rechenzentren und private IT-Dienstleister an? Weiter in Betracht kommende Quellen sind Fachzeitschriften, Veröffentlichungen, Messen, Ausstellungen, Anbieterinformationen/-präsentationen, Anfragen bei anderen öffentlichen Auftraggebern, Anfragen bei Fachleuten, Voranfragen bei Firmen etc.

330 Kühnen, in: Byok/Jaeger, § 3 VgV, Rn. 1498.

331 EuGH, Urt. v. 11. 01. 2005 – Rs. C-26/03 – „Stadt Halle“ – NVwZ 2005, 187 (189).

332 EuGH, Urt. v. 11. 01. 2005 – Rs. C-26/03 – „Stadt Halle“ – Rn. 37.

333 Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl. L 395 vom 30. 12. 1989, S. 33–35.

334 Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. 06. 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. L 209 vom 24. 07. 1992, S. 1–24.

335 EuGH, Urt. v. 11. 01. 2005 – Rs. C-26/03 – „Stadt Halle“ – Rn. 37.

336 EuGH, Urt. v. 11. 01. 2005 – Rs. C-26/03 – „Stadt Halle“ – Rn. 38.

ist, wenn Verstöße noch beseitigt werden können, sei festzustellen, dass die Willensäußerung des öffentlichen Auftraggebers im Zusammenhang mit einem Auftrag, welcher auf irgendeine Weise den interessierten Personen zur Kenntnis gelangt, nachprüfbar ist, wenn sie über das Stadium der bloßen Markterkundung hinausgegangen ist³³⁷ und Rechtswirkungen entfalten könne.³³⁸

2. Finanzwirksamkeit

In § 55 der Bundeshaushaltordnung – BHO (die sich meist wortlautgetreu auch in den entsprechenden Landeshaushaltordnungen wieder findet) ist der Grundsatz niedergelegt, dass dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen muss, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen.

In diesem Zusammenhang ist bei IT-Projekten wie der Errichtung einer Web 2.0 basierten E-Government Plattform stets zu fragen, ob die geplante Beschaffung eine finanzwirksame Maßnahme darstellt. Um dies beurteilen zu können, ist eine ganzheitliche Betrachtung der entstehenden Gesamtkosten notwendig.³³⁹ Es wäre verkürzt, beispielsweise einer Beschaffung von „kostenloser“ Software den Aspekt der Finanzwirksamkeit bereits deshalb abzusprechen, weil der Download „gratis“ ist beziehungsweise keine Lizenzkosten anfallen. Regelmäßig entstehen Folgekosten, beispielsweise für die fachgerechte Installation der Software, die regelmäßig auf einem externen Server läuft, auf welchem zu diesem Zwecke Speicherplatz ange-

³³⁷ So stelle z. B. die Aufnahme konkreter Vertragsverhandlungen mit einem Interessenten eine solche Willensäußerung dar.

³³⁸ EuGH, Urt. v. 11. 01. 2005 – Rs. C-26/03 – „Stadt Halle“ – Rn. 39.

³³⁹ Nach § 7 Abs. 2 BHO ist vor der Durchführung einer derartigen Maßnahme vorab eine Wirtschaftlichkeitsanalyse durchzuführen. Die Wirtschaftlichkeitsanalyse ist nicht gleichzustellen mit der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes, welche gegen Ende des Vergabeverfahrens durchzuführen ist. Es handelt sich hierbei vielmehr um die Führung des verwaltungsinternen Nachweises der Wirtschaftlichkeit der geplanten IT-Maßnahme. Um diese Analyse auf die speziellen Erfordernisse der Informationstechnik anzupassen, hat die Koordinierungs- und Beratungsstelle der Bundesregierung für Informationstechnik in der Bundesverwaltung (KBSt) bereits 1992 eine Handlungsanweisung erarbeitet. Sie trägt den Titel „Empfehlung zur Durchführung von Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen beim Einsatz der IT in der Bundesverwaltung (IT-WiBe)“. Ihrem Grundkonzept nach wendet sich die seit 2004 in der Version 4.0 vorliegende WiBe-Empfehlung an die IT-Koordinatoren in der Bundesverwaltung. Sie bietet sich aber auch bei IT-Projekten auf Landes- oder kommunaler Ebene an. Zu beachten ist jedoch, dass bei der Durchführung von Wirtschaftlichkeitsbetrachtungen die nach den Erfordernissen des Einzelfalls einfachste und wirtschaftlichste Methode anzuwenden ist. Das bedeutet, dass für eine kleinere IT-Beschaffung eine „WiBe“ überdimensioniert ist. Bei großen und komplexen Projekten kann sie indes eine gute Hilfestellung leisten. Die aktuellen WiBe-Empfehlungen können auf der Webseite der KBSt heruntergeladen werden: www.kbst.bund.de.